

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La rétention des données au titre de l'exception d'inexécution

Cataldo, Andréa

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cataldo, A 2017, 'La rétention des données au titre de l'exception d'inexécution: note sous Comm. Hainaut (réf.), div. Charleroi, 11 septembre 2017', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 66-67, p. 177-189.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Comm. Hainaut (réf.), div. Charleroi, 11 septembre 2017

Note d'observations d'Andrea Cataldo¹

RÉTENTION DE DONNÉES – EXCEPTION D'INEXÉCUTION – RÉFÉRÉS – URGENCE – CONDITION DE CRÉANCE CERTAINE ET EXIGIBLE – PERTE DE CONTRÔLE SUR DES DONNÉES IMPORTANTES ET SENSIBLES – ABUS DE DROIT

DATA RETENTION – EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS – INTERIM RELIEF JUDGE – URGENCY – UNDISPUTABLE AND ENFORCEABLE CLAIM REQUIREMENT – LOSS OF CONTROL OVER IMPORTANT AND SENSITIVE DATA – ABUSE OF RIGHT

I. Au sens de l'article 584, alinéa 1^{er}, C.J., il y a urgence dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable. Le critère d'urgence est rencontré par le fait que plus d'un mois après avoir mis fin aux relations de prestations de service avec son informaticien, une maison médicale n'a toujours pas pu migrer l'ensemble de ses données médicales, par nature confidentielles et sensibles, vers le serveur où celles-ci doivent dans l'avenir être gérées, le prestataire ne contestant pas pratiquer la rétention de ces données qu'il justifie par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution suite au non-paiement d'une facture.

II. Quant aux conditions de fond de l'exception d'inexécution, la créance invoquée par le prestataire ne peut, à premier examen, être considérée comme certaine et exigible. En outre, le tribunal considère la position du prestataire comme constitutive d'un abus de droit, du fait de la disproportion entre, d'une part, la perte de contrôle de l'ASBL sur des données médicales aussi importantes et sensibles et, d'autre part, le risque que prendrait le prestataire de n'être pas payé d'un montant par ailleurs fortement contesté, puisque non seulement la somme invoquée paraît excessive en comparaison du temps de travail fourni, mais encore l'ASBL invoque et invoquera devant le juge du fond la compensation avec le dommage qu'elle estime avoir subi du fait des dérèglements de son environnement ICT.



I. Within the meaning of article 584, par. 1 of the Judicial Code, there is urgency as soon as the fear of a prejudice of a certain gravity or even of serious disadvantages, renders an immediate decision desirable. The urgency criterion is met by the fact that more than one month after ending the service delivery relations with its computer scientist, a care home still has not been able to migrate all its medical data, by nature confidential and sensitive, to the server where it will be managed for the future; also taking into consideration the fact that the supplier does not deny that he is withholding this data, a practice which he justifies by relying on the *exceptio non adimpleti contractus* in relation to an unpaid invoice.¹

II. As regards the substantive conditions for the *exceptio non adimpleti contractus*, the receivable alleged by the supplier may not, *prima facie*, be considered as undisputable and enforceable. Further, the court considers the supplier's position as an abuse of right, because of the disproportion between, on one hand, the NPA's loss of control over such important and sensitive medical data and, on the other hand, the risk the provider would take by remaining unpaid of a moreover strongly contested amount, since not only the amount claimed seems excessive in comparison to the supplied working time, but also the NPA invokes and will invoke, before the trial judge, the compensation with the damage it estimates it has incurred as a result of the disorders of its IT environment.

¹ Assistant à l'Université de Namur. Avocat au barreau de Namur.



JURISPRUDENCE

Siège : J.-Ph. Lebeau (prés.)

Plaid. : M^{es} A. Cassart et S. Bongiorno

L'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy contre B.C.

EXPOSÉ DU LITIGE

1° L'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy (MMD) est une maison médicale à forfait employant une quinzaine de personnes.

Depuis sa création, elle a confié à B.C., exerçant sous la dénomination Z., la gestion informatique au sens large de son administration : fourniture du matériel, des licences, des logiciels de gestion médicale, de planning, de facturation, la téléphonie, les noms de domaines, les abonnements, etc.

2° En mai 2017, l'a.s.b.l. MMD a fait l'objet d'une attaque informatique de type « Ransomware » : les fichiers ont été rendus inaccessibles et une rançon réclamée en échange de la clé permettant de les récupérer.

L'a.s.b.l. MMD a refusé de payer et a demandé à B.C. de reconstituer les fichiers perdus. Celui-ci explique avoir localisé le virus sur un ordinateur et l'avoir détruit. Le serveur infecté a ensuite été remplacé et le travail de reconstitution des fichiers entamé. Le travail consiste à traduire en code textuel sur le serveur remplacé, les fichiers récupérés sous forme binaire. En fin de compte, l'a.s.b.l. MMD a retrouvé l'utilisation de son système informatique 3 jours après l'attaque.

3° En rémunération de ses prestations, B.C. a émis, le 5 juin 2017, une première facture de 2.744,28 EUR TVAC relative au remplacement du serveur infecté. Cette facture a été acquittée.

Les parties produisent également une seconde « facture » datée du 1^{er} juillet 2017, mais, ayant été adressée à l'a.s.b.l. le 1^{er} août 2017 ; il s'agit de la facture émise par B.C. pour l'ensemble des prestations consécutives au piratage informatique, à concurrence de 43.325,30 EUR TVAC (35.806,03 EUR HTVA). Le document produit est certes intitulé « facture », mais celle-ci n'est pas individualisée dans la série des factures 2017 : elle porte en effet le n° « ... » alors que la facture du 5 juin 2017 mentionne le n° : « ... ».

Par ailleurs, le document est identifié comme suit : « Facture Copie duplicata ».

4° En raison semble-t-il des remous causés par l'attaque informatique, les relations vont se tendre en parties. Le mardi 25 juillet 2017, par téléphone, la directrice de l'a.s.b.l. MMD annonce à B.C. la décision de mettre fin aux relations contractuelles. À la suite de quoi, l'a.s.b.l. dit avoir constaté dans les heures qui ont suivi, l'interruption de l'ensemble de ses services informatiques. Elle n'a donc plus eu accès à la téléphonie, à ses emails, à ses logiciels métiers de gestion médicale, de planning, de facturation, etc.

Le mercredi 26 juillet 2017, l'a.s.b.l. MMD s'est adressée en urgence à un nouveau prestataire, M., avec mission de gérer l'ensemble de son infrastructure informatique.

Ensuite par un mail de son conseil daté du 27 juillet 2017, l'a.s.b.l. a mis en demeure B.C. de rétablir les services informatiques, a confirmé sa volonté de mettre fin aux relations contractuelles et a communiqué à B.C. l'identité du nouveau prestataire de services vers lequel opérer la migration. B.C. explique que l'a.s.b.l. MMD a retrouvé l'usage de son système après deux jours et demi sans qu'aucun manquement puisse lui être imputé.

5° Différents échanges vont s'en suivre pour tenter de finaliser la migration vers le nouveau prestataire et s'entendre sur le paiement des prestations de B.C. consécutives au Ransomware. Les parties sont proches d'un accord qui chiffrerait le solde des prestations à 5.000 EUR. Pendant la durée des négociations, B.C. accepte une migration partielle des différents services vers le nouveau prestataire, mais il garde la main sur le serveur contenant les données médicales. L'a.s.b.l. MMD est en mesure de consulter ses données, mais B.C. ne fournit pas la clé de migration vers un autre serveur dans l'attente que sa facture de 43.325,30 EUR TVAC soit acquittée ou que les parties se soient entendues.

6° Finalement, les négociations tournent cours et, par acte d'huissier du 24 août 2017, l'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy cite B.C. en référé pour, suivant le dispositif retenu dans ses conclusions :

– Entendre condamner Monsieur B.C., sous peine d'une astreinte de 25.000 EUR par jour de retard, à finaliser la transmission de l'intégralité des services qu'il fournissait antérieurement à l'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy vers le nouveau prestataire, la société M. (...), et ce dans les 24 heures suivant le prononcé



de l'ordonnance à intervenir, l'ensemble des éléments suivants devant notamment être fournis par B.C. ou transmis à l'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy ou à son nouveau prestataire sous une forme lisible :

1° Le mot de passe permettant de déchiffrer l'archive représentant, selon les dires de B.C., l'export du fichier SQL;

2° S'il s'avérait que cette archive ne contenait pas les fichiers ou l'intégralité de ceux-ci, un accès au serveur FTP pour récupérer les images (VHDX) des différents serveurs, en particulier le dernier serveur DATA/SQL contenant les données et toutes les instances SQL permettant d'exploiter les logiciels métiers de la maison médicale;

3° L'ensemble des mots de passe relatifs aux équipements réseaux situés au sein du bâtiment de la maison médicale.

– Entendre condamner B.C., dans les 24 heures du prononcé de l'ordonnance à intervenir, et sous peine d'une astreinte de 50.000 EUR par jour de service dégradé, à rétablir et à maintenir accessibles dans leur intégralité les services fournis antérieurement et qui n'ont pas déjà été migrés, soit le serveur data/SQL et l'ancien serveur mail, et ce pendant toute la durée de la migration vers le nouveau prestataire.

– Entendre condamner B.C., sous peine d'une astreinte unique de 200.000 EUR, à ne supprimer aucune donnée qu'il générerait pour le compte de l'a.s.b.l. MMD, et ce jusqu'à la confirmation écrite par l'a.s.b.l. MMD de la bonne fin de la migration complète des services.

DISCUSSION

En vertu de l'article 584 du Code judiciaire, le président du tribunal de commerce statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, et dans les matières qui sont de la compétence du tribunal de commerce.

Le tribunal doit ainsi d'abord vérifier si la demande présente un caractère d'urgence.

La Cour de cassation dans deux arrêts intervenus le 11 mai 1990 a décrit la double fonction de l'urgence dans le référé, dont chacune impose au juge une démarche particulière.

D'une part, il appartient au magistrat de vérifier que l'urgence, condition de sa compétence d'attribution, est effectivement invoquée dans l'acte introductif d'instance, tandis que d'autre part, il doit reconnaître le caractère concrètement urgent de la demande, élément constitutif du fondement de celle-ci².

En l'espèce, l'urgence a été invoquée dans la citation en sorte que notre tribunal est compétent pour connaître de la demande.

Celle-ci présente-t-elle un caractère concrètement urgent?

Au sens de l'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, il y a urgence dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable.

Il suffira à cet égard au juge de constater que compte tenu des circonstances qu'il doit apprécier, les mesures demandées ne seront efficaces ou adéquates que si elles sont ordonnées en référé³.

La jurisprudence considère cependant qu'il n'y a pas lieu à référé lorsque le demandeur a trop tardé à saisir le juge des référés ou s'il a provoqué lui-même la situation d'urgence dont il se prévaut; mais l'inaction prolongée n'exclut pas nécessairement l'urgence lorsque le demandeur peut faire valoir une raison sérieuse qui la justifie, si des faits nouveaux ont récemment aggravé une situation existante ou si celle-ci empire par l'effet de la durée⁴.

En l'espèce, la société demanderesse estime que le critère d'urgence est rencontré par le fait que plus de un mois après avoir mis fin aux relations de prestations de service avec B.C., elle n'a toujours pas pu migré l'ensemble de ses données médicales vers le serveur

² P. MARECHAL, « Les référés », *Tiré à part du Répertoire notarial*, Larcier, pp. 48 et 49, n° 15; H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (...) : principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Jeune barreau Bruxelles, 2006, p. 13; J. ENLEBERT, « Le référé judiciaire : Principes et questions de procédure », in *Le référé judiciaire*, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 2003, pp. 6 et s.

³ Voy. pour cette appréciation de l'urgence, P. MARECHAL, *op. cit.*, p. 47 et note 5.

⁴ P. MARECHAL, mêmes réf., n° 16.



JURISPRUDENCE

où celles-ci doivent dans l'avenir être gérées. B.C. ne conteste pas pratiquer la rétention de ces données qu'il justifie par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, n'ayant pas été payé de ses prestations évaluées à 43.325,30 EUR TVAC à défaut d'un accord transactionnel entre parties.

La non-disponibilité des données médicales, par nature confidentielles et sensibles, gérées par l'a.s.b.l. MMD est un élément d'urgence au quotidien puisque les médecins doivent de façon permanente pouvoir en disposer pour leur consultation et leur diagnostic.

Afin de les récupérer et de voir rétablir un environnement informatique efficient, l'a.s.b.l. MMD a tenté de négocier un arrangement transactionnel pendant la première partie du mois d'août. Elle n'a finalement recouru à la citation en référé, le 24 août 2017, qu'après avoir constaté l'échec de ces négociations et ne peut ainsi être considérée comme ayant provoqué la situation d'urgence qu'elle invoque.

Par ailleurs, l'appréciation de l'urgence n'implique pas du tribunal de se prononcer déjà sur le bien-fondé de la demande en référé, mais uniquement de vérifier si, selon la thèse soutenue par le demandeur, cette demande pouvait concrètement être considérée comme urgente.

Tel est bien le cas de la demande formulée par l'a.s.b.l. MMD; celle-ci justifie dès lors du critère d'urgence.

Par ailleurs, le juge des référés ne peut statuer qu'au provisoire; le caractère provisoire de l'ordonnance qui est ainsi rendue n'est pas déterminé par son contenu, ne dépend pas de son objet mais réside dans la nature particulière de l'autorité qui est la sienne, à savoir qu'elle ne lie pas le juge au principal; en d'autres termes, la règle qu'édicte l'article 1039 du Code judiciaire limite non pas la compétence du juge des référés mais l'autorité de son ordonnance.

Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, la défense faite par l'article 1039 du Code judiciaire aux ordonnances sur référé de porter préjudice au principal n'interdit pas de prendre une mesure conservatoire au fond s'il y a des apparences de droit suffisantes pour justifier une telle décision.

Il ressort de cette jurisprudence que le juge des référés peut examiner les droits des parties et préjuger du fond sans se prononcer sur le droit, dans l'hypothèse même où celui-ci fait l'objet d'une contestation sérieuse⁵.

Faisant sienne cette acception du provisoire, Notre tribunal considérera comme vérifiée cette condition.

Sur le fond du problème, il s'impose encore d'examiner si, comme le soutient l'a.s.b.l. MMD, il ne peut être reconnu à B.C. le droit de se prévaloir de l'exception d'inexécution liée au non-paiement d'une somme de 43.325,30 EUR TVAC.

Le fait que B.C. pratique la rétention de données médicales propriété de l'a.s.b.l. n'est pas contesté. Celui-ci s'en revendique et s'en justifie dans ses conclusions:

– En page 6, *in fine*, il s'exprime comme suit: «La demanderesse reproche encore au concluant un changement de position dès lors qu'il avait accepté le principe d'une migration alors qu'actuellement cette migration est partielle. Pourtant, B.C. a toujours conditionné la migration complète des services au paiement de sa facture ou à la conclusion d'un accord entre les parties, ne faisant qu'usage de *l'exceptio non adimpleti contractus*».

– En page 7: «B.C. ne fait qu'invoquer *l'exceptio non adimpleti contractus* sans abuser de son droit puisqu'il a transféré au nouveau prestataire les différents services sauf le serveur contenant les données médicales lequel peut toutefois être utilisé normalement par la demanderesse (consultation des données, enregistrement de nouvelles données, ...). Ces données étant celles qu'il a récupérées après le piratage informatique et traduites en forme textuelle sur le serveur, la demanderesse n'aurait de toute façon pas su lire ces données si B.C. ne les avait pas reconstituées et mises en forme. Il est à noter que la facture litigieuse contient également d'autres prestations réalisées par B.C. que la demanderesse ne conteste pas et ne paie pourtant pas».

– Et enfin en page 9: «La seule raison pour laquelle il s'oppose à la migration totale du système s'explique par le non-paiement de sa facture du 1^{er} juillet 2017 dont il postule le paiement devant le juge du fond».

⁵ P. MARCHAL, «Les référés», *Tiré à part du Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, n°s 28 et 29 ainsi que p. 60, note 5.



Il est donc acquis aux débats que, sciemment, B.C. n'a pas transféré les données médicales à son propriétaire, l'a.s.b.l. MMD.

L'intéressé est-il toutefois dans les conditions pour se prévaloir valablement de l'exception d'inexécution ?

L'exception d'inexécution est un moyen de défense temporaire qui permet à une partie au contrat de suspendre l'exécution de ses obligations aussi longtemps que son cocontractant reste en défaut d'exécuter les siennes.

Elle ne requiert pas d'intervention préalable du juge et peut être invoqué sans formalité ni mise en demeure. Le juge a toutefois le pouvoir d'apprécier *a posteriori* si l'exception a été valablement soulevée et à défaut, sanctionnera la faute de celui qui a invoqué l'exception d'inexécution sans justification.

Diverses conditions doivent être remplies pour que l'exception puisse être invoquée. Elle suppose notamment que les obligations réciproques des parties doivent être exécutées trait pour trait, c'est-à-dire simultanément. Il en résulte que le créancier ne peut invoquer l'exception d'inexécution si la créance dont il demande l'exécution n'est pas certaine ou exigible.

Par ailleurs, à l'instar de toute sanction, l'exception d'inexécution doit être appliquée de bonne foi et elle ne peut être constitutive d'un abus de droit, en ce sens qu'il doit exister une proportionnalité entre la nature du manquement reproché et le dommage résultant de la suspension par le créancier de ses obligations⁶.

En l'espèce, le tribunal doit bien admettre que la créance invoquée par B.C. n'est ni certaine ni exigible. L'on relèvera en effet que :

– Le document produit à titre de facture par B.C. est sibyllin. La facture n'est pas numérotée, elle porte la mention : « Facture Copie duplicata », et elle a été déposée au siège de l'a.s.b.l. le 1^{er} août alors que le document porte la date du 1^{er} juillet. Au regard de ces éléments, l'impression prévaut que le document produit par B.C. ne figure pas pour l'instant dans sa

comptabilité et a été établi dans le cadre d'une forme d'escalade entre l'a.s.b.l. et l'intéressé ;

– L'évaluation à 35.806,03 EUR HTVA des prestations consécutives au Ransomware, est par ailleurs très élevée. En page 2 de ses conclusions, B.C. note que l'a.s.b.l. « a retrouvé l'utilisation de son système informatique 3 jours après l'attaque ». Le total facturé correspondrait donc à un montant de 11.935,34 EUR HTVA par jour de travail, n'incluant aucune fourniture. L'on imagine le chiffre d'affaires annuel qui pourrait être réalisé sur base de tels chiffres journaliers.

– La facture de 43.325,30 EUR TVAC est contestée par l'a.s.b.l. MMD, non sans raison semble-t-il puisqu'un accord était près d'aboutir sur un montant de 5.000 EUR (voy. le projet de transaction, pièce 20 du dossier de l'a.s.b.l. et la pièce 23 qui est un mail du 18.08 où B.C. évoque la signature de la convention et joint le projet revu par lui, sans que le montant de 5.000 EUR ait été remplacé).

L'une des conditions essentielles de l'exception d'inexécution fait ainsi dès l'abord défaut, puisque la créance invoquée par B.C. ne peut, à premier examen, être considérée comme certaine et exigible.

Par ailleurs, le tribunal doit considérer la position de B.C. comme constitutive d'un abus de droit, du fait de la disproportion entre d'une part la perte de contrôle de l'a.s.b.l. sur des données médicales aussi importantes et sensibles et d'autre part le risque que prendrait B.C. de n'être pas payé d'un montant par ailleurs fortement contesté, puisque non seulement la somme invoquée paraît excessive en comparaison du temps de travail fourni, mais encore l'a.s.b.l. invoque et invoquera devant le juge du fond la compensation avec le dommage qu'elle estime avoir subi du fait des dérèglements de son environnement ICT.

Il résulte de ces considérations que B.C. n'était pas autorisé à se prévaloir de l'exception d'inexécution. Le tribunal fera donc droit à la demande dans les limites fixées par le dispositif ci-dessous

Par ces motifs

Nous,

Statuant contradictoirement en matière de référé, tous droits saufs et réservés des parties ;

Disons la demande fondée ;

⁶ Sur l'exception d'inexécution, voy. notamment P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 854 et s.



JURISPRUDENCE

En conséquence, condamnons B.C. à finaliser la transmission de l'intégralité des services qu'il fournissait antérieurement à l'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy vers le nouveau prestataire, la société M. (...), et ce dans les 24 heures qui suivront la signification de la présente ordonnance, ce sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par jour de retard avec un maximum de 500.000 EUR.

Disons que l'ensemble des éléments ci-après devront notamment être transmis par B.C. à l'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy ou à son nouveau prestataire sous une forme lisible, soit :

1° Le mot de passe permettant de déchiffrer l'archive représentant, selon les dires de B.C., l'export du fichier SQL ;

2° S'il s'avérait que cette archive ne contenait pas les fichiers ou l'intégralité de ceux-ci, un accès au serveur FTP pour récupérer les images (VHDX) des différents serveurs, en particulier le dernier serveur DATA/SQL contenant les données et toutes les instances SQL permettant d'exploiter les logiciels métiers de la maison médicale ;

3° L'ensemble des mots de passe relatifs aux équipements réseaux situés au sein du bâtiment de la maison médicale.

Condamnons B.C., dans les 24 heures de la signification de la présente ordonnance, et sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par jour de service dégradé, à rétablir et à maintenir accessibles dans leur intégralité les services fournis antérieurement et qui n'ont pas déjà été migrés, soit le serveur data/SQL et l'ancien serveur mail, et ce pendant toute la durée de la migration vers le nouveau prestataire.

Condamnons B.C., sous peine d'une astreinte unique de 200.000 EUR en cas de constat, à ne supprimer aucune des données qu'il gérerait pour le compte de l'a.s.b.l. Maison médicale de Dampremy, et ce jusqu'à la confirmation écrite par l'a.s.b.l. de la bonne fin de la migration complète des services.

Condamnons B.C. aux frais et dépens de l'instance, liquidés à la somme de 1.765,45 EUR (indemnité de procédure de 1.440 EUR pour une procédure non évaluable en argent + frais de citation 325,45 EUR).

Autorisons l'exécution provisoire du présent jugement ;



Note d'observations¹

La rétention des données au titre de l'exception d'inexécution

I. PRÉSENTATION DES FAITS ET DÉLIMITATION DE L'EXPOSÉ

1. Une maison médicale est victime d'une attaque informatique de type «Ransomware». Elle sollicite son prestataire de services informatiques habituel afin de reconstituer les fichiers perdus. Son intervention urgente permet de retrouver l'utilisation du système informatique trois jours après l'attaque. L'informaticien émet une première facture pour le remplacement du serveur initialement infecté, facture qui est directement acquittée. Une seconde facture est émise pour l'ensemble des prestations nécessitées par le piratage, à concurrence de 43.325,30 EUR. Cette facture est contestée. Parallèlement, les relations se sont tendues entre les parties et la maison médicale a décidé de mettre fin au contrat. Mais l'informaticien refuse de migrer l'intégralité des services qu'il fournissait vers le nouveau serveur désigné, dans l'attente du règlement de la facture en souffrance ou, du moins, d'un accord sur un montant transactionnel. Les négociations échouent. La maison médicale cite son cocontractant devant le juge des référés, en demandant le transfert en urgence de ses données. Le défendeur lui oppose l'exception d'inexécution.

2. Au cœur de la décision commentée se trouve l'*exceptio non adimpleti contractus*. Ce moyen de défense s'inscrit dans un contexte de «déjudiciarisation du contentieux contractuel»². Il n'est en effet soumis à aucune autorisation judiciaire, le

contrôle se faisant *a posteriori*. Ceci pour autant que le droit d'invoquer l'exception n'ait pas été contractuellement écarté³. Dans les lignes qui suivent, nous revenons sur plusieurs des conditions requises par cette institution propre aux contrats synallagmatiques: un rapport de connexité entre les obligations (*infra*, point II), le caractère certain et exigible de la créance et une défaillance imputable au débiteur (*infra*, point III), le respect du principe de bonne foi (*infra*, point V). Nous abordons également la question de la mise en demeure préalable, qui fait débat (*infra*, point IV). La motivation de l'ordonnance nous sert de fil conducteur. À l'occasion, nous en profitons pour jeter un rapide coup d'œil du côté des travaux de réforme du Code civil, suite à la parution de l'avant-projet du 7 décembre 2017⁴.

3. Nous ne traitons pas spécifiquement des conditions procédurales du référé, qui jouent néanmoins un rôle comme nous allons le voir. Dans le cadre de l'exception d'inexécution, la question est intéressante, puisque tout l'intérêt du créancier est de maintenir la pression sur son débiteur par la rétention des données, qui serait mise à mal par une injonction de restitution, fût-elle provisoire. On se contentera à ce stade de rappeler que «[l]e juge des référés peut intervenir sous le bénéfice de l'urgence et

in J.-F. GERMAIN (dir.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 61.

³ La matière n'est pas d'ordre public. Dans les rapports de consommation, il n'est toutefois pas permis de priver le consommateur du droit de soulever l'exception (art. VI.83, 9°, du Code de droit économique).

⁴ Avant-projet de loi portant insertion du Livre VI «Les obligations» dans le nouveau Code civil, version du 7 décembre 2017, disponible sur <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

¹ Andrea Cataldo. Assistant à l'Université de Namur. Avocat au barreau de Namur.

² P. WÉRY, «La réduction du prix dans les contrats à titre onéreux: une hypothèse loin d'être exceptionnelle»,



dans les limites de ses pouvoirs pour suspendre provisoirement les effets d'une exception d'inexécution s'il apparaît *prima facie* qu'elle a été invoquée abusivement»⁵. Par ailleurs, nous ne développons pas la question de l'existence même d'un droit à la restitution des données, renvoyant aux études qui y ont déjà été consacrées⁶.

II. L'EXISTENCE D'UN RAPPORT DE CONNEXITÉ: CONDITION DE L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION ET DE L'UNE DE SES APPLICATIONS, LE DROIT DE RÉTENTION

4. Selon la décision commentée, l'informaticien «ne conteste pas pratiquer la rétention [des] données qu'il justifie par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution». Cette considération peut semer la confusion, dans la mesure où elle mêle deux institutions, l'exception d'inexécution et le droit de rétention.

5. L'exception d'inexécution «permet à chacune des parties de suspendre l'exécution de son obligation et de retenir ainsi ses propres prestations aussi longtemps que son cocontractant reste en défaut d'effectuer les siennes»⁷ 8. Le contrat est suspendu jusqu'à ce

que le débiteur en défaut s'exécute ou offre de le faire. Cette exception se marque donc par son caractère temporaire, ce qui justifie qu'elle puisse être mise en œuvre sans intervention du juge. Parfois, une telle suspension n'est rien d'autre que le prélude à la fin du contrat⁹. D'ailleurs, «l'exception n'est pas toujours utilisée comme un moyen d'aboutir à l'exécution du contrat»¹⁰. En l'espèce, l'informaticien entend être payé avant de procéder au transfert des données, qui mettra un terme à la relation des parties. Les obligations concernées n'en demeurent pas moins purement contractuelles et, en ce sens, l'objectif est bien la poursuite de l'exécution du contrat, par l'accomplissement des dernières prestations convenues. Ce qui est exclu en revanche, c'est de rendre impossible l'exécution ultérieure du contrat. Cela reviendrait à faire de l'exception une sanction définitive, qui, en l'état actuel de notre droit¹¹, est du seul ressort du juge¹². En matière de traitement de données informatiques, l'exception ne peut donc pas être valablement invoquée si la restitution ne pourra plus intervenir en temps utile pour l'utilisateur.

6. Si la doctrine a un temps cherché à distinguer l'*exceptio non adimpleti contractus* du droit de rétention, elle semble en être revenue. Il est vrai que le débat manque d'intérêt pratique, le droit de rétention n'étant finale-

⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Vol. 1, Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 874, n° 570.

⁶ Voy. not. Fr. COPPENS, «La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles», note sous Civ. Bruxelles (réf.), 5 mars 2007, *DAOR*, 2009, p. 411.

⁷ Cass., 24 avril 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 174. Le caractère général de l'exception d'inexécution est consacré de longue date: Cass., 14 février 1843, *Pas.*, 1843, I, p. 61; Cass., 16 mars 1846, *Pas.*, 1846, I, p. 368; Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 849, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 559 et s., note J. HERBOTS; Cass., 21 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2006, pp. 39 et s. note P. WÉRY.

⁸ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, p. 823; X. THUNIS, «La suspension du contrat», in *La fin du contrat*, CUP, vol. 51, Liège, CUP, 2001, p. 51; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 672, n° 775.

⁹ X. THUNIS, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUD, «L'exception d'inexécution en droit belge», in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 99, n° 55.

¹¹ L'avant-projet de réforme du Code civil envisage de modifier cet état de fait, par la reconnaissance de sanctions unilatérales telles que l'*anticipatory breach*.

¹² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Bruges, de Keure, 2005, p. 208, n° 291. Sur la distinction entre l'exception d'inexécution et la réfaction, voy. S. JANSEN, «L'exception d'inexécution: *capita selecta*», in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 240 et s.; P. WÉRY, «La réduction du prix dans les contrats à titre onéreux...», *op. cit.*, p. 13.



ment que l'expression de l'exception d'inexécution¹³: «Le droit de rétention constitue la forme que prend l'exception d'inexécution, lorsque la prestation suspendue consiste en la remise d'une chose au débiteur, dont on attend qu'il s'exécute, propriétaire de cette chose»¹⁴. Le droit de rétention implique une obligation de délivrance¹⁵, que celle-ci soit contractuelle ou non¹⁶, ce qui n'est pas une caractéristique de l'exception d'inexécution, mais l'effet de pression reste l'objectif principal¹⁷. La question de savoir si le droit de rétention peut s'appliquer, comme en l'espèce, à des choses incorporelles est cependant controversée¹⁸. Il est dès lors

sans doute plus prudent de rester sous l'angle de l'exception d'inexécution, comme le juge le fait dans la suite de sa motivation.

7. Une fois leurs conditions remplies, le créancier peut, à son gré, invoquer l'exception d'inexécution ou le droit de rétention. Une condition commune tient à l'existence d'un rapport de connexité: la créance impayée doit présenter un lien avec la chose retenue¹⁹. Lorsque la rétention se base sur une relation contractuelle, on parle de connexité juridique²⁰. Dans le cadre de l'exception d'inexécution, un rapport synallagmatique doit être vérifié. Les obligations réciproques du débiteur défaillant et du créancier peuvent être issues de contrats distincts, pour autant qu'elles soient interdépendantes. Dans l'esprit des parties, les conventions doivent former un tout indissociable²¹. En l'espèce, le service facturé – le sauvetage des données – est certes postérieur et distinct du contrat initial. L'intervention urgente du prestataire a néanmoins pour but de récupérer les données dont il assurait déjà le traitement au préalable. La connexité peut être retenue lorsqu'on peut identifier, de la sorte, un courant d'affaires continu entre parties²².

8. On rappellera encore que, quelle que soit l'institution mobilisée, l'utiliser à mauvais

¹³ I. DURANT, «Le droit de rétention et la réserve de propriété, deux sûretés réelles mobilières à part entière», in Fr. GEORGES (dir.), *Insolvabilité et garanties*, CUP, vol. 153, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 41; P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, p. 937, n° 600.

¹⁴ M. GRÉGOIRE, «Les sanctions unilatérales en cours de contrat», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, éd. Jeune barreau, 2008, p. 237.

¹⁵ J.-L. FAGNART, «Recherches sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution», *R.C.J.B.*, 1979, p. 14.

¹⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 680, n° 783. Jusqu'à la récente réforme du droit des sûretés mobilières, le Code civil n'offrait que quelques applications éparpillées du droit de rétention, comme à l'article 1948 (dépôt) ou à l'article 1612 (vente).

¹⁷ Fr. GEORGES, «Observations sur le droit de rétention et la saisie conservatoire», note sous Civ. Liège (réf.), 21 décembre 1994, *Act. dr.*, 1996, p. 169.

¹⁸ Voy. sur cette question le point de vue d'I. DURANT, *op. cit.*, spéc. pp. 50-51 et 62. Selon une conception moderne, le droit de rétention pourrait se définir par rapport au pouvoir de blocage que le créancier est en mesure d'exercer à l'égard de la chose litigieuse, qu'elle soit corporelle ou incorporelle (L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garantie de paiement*, Paris, L.G.D.J., 2012, pp. 62, 110, 120, 123). La réforme du droit belge des sûretés mobilières, tout en élevant le droit de rétention au rang de sûreté, ne consacre toutefois son opposabilité aux tiers que «lorsqu'il porte sur un bien mobilier corporel», conformément à la conception classique (art. 75 du titre XVII, livre III, du Code civil, inséré par la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018). Lue *a contrario* et faute d'indication décisive, il nous semble que le droit de rétention, en tant que moyen

de pression contre le débiteur, pourrait toujours être reconnu pour des meubles incorporels.

¹⁹ P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, pp. 937-938, n° 600. Cfr Cass., 7 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 154 et concl. av. gén. E. Krings. Ne pas l'admettre reviendrait à faire de la rétention un «procédé de justice privée», le créancier agissant indifféremment sur les biens de son débiteur, cfr Fr. T'KINT, *Sûretés*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 97, n° 175.

²⁰ I. DURANT, *op. cit.*, p. 45.

²¹ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, pp. 58 et s.; S. JANSEN, «L'exception d'inexécution: *capita selecta*», in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 230; S. STIJS, *op. cit.*, p. 209, n° 292. Voy. Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 41; Cass., 8 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 1602 et s.; Liège, 25 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1251.

²² I. DURANT, *op. cit.*, p. 46.



escient sera constitutif de faute dans le chef du créancier *excipiens*, ce qui l'expose à toutes les sanctions contractuelles habituelles²³.

III. LA DÉFAILLANCE DU DÉBITEUR: INEXÉCUTION D'UNE CRÉANCE CERTAINE ET EXIGIBLE

9. L'exception d'inexécution est un moyen de défense face à une défaillance avérée du débiteur. L'*excipiens* doit disposer d'une créance certaine²⁴ et exigible, mais pas nécessairement liquide, et il ne doit pas avoir l'obligation de s'exécuter en premier (simultanéité des obligations, qui s'exécutent trait pour trait)²⁵.

10. Dans la décision commentée, le juge estime que cette condition n'est pas remplie. Au-delà de considérations propres à l'*instrumentum* (la facture produite était sibylline, non numérotée, ambiguë quant à ses mentions et sa date), le montant des prestations facturées, jugé exagéré, apparaît comme un point d'accroche. Dans l'esprit du juge, le montant des prestations reflète un doute sur le caractère certain de la créance. Selon nous, cela renvoie plus exactement à l'exigence de créance liquide, qui n'est pourtant pas requise, d'après la doctrine classique, pour invoquer l'exception d'inexécution²⁶. C'est donc de façon assez particulière que la décision met en avant que la facture était contestée, car la contestation portait essentiellement sur l'évaluation; l'intervention en urgence de l'informaticien n'était pas mise en doute et, bien au contraire, «un accord était près d'aboutir sur un montant de 5.000 euros». Les négociations en elles-mêmes confirmaient l'existence de la créance du pres-

tataire. La moindre contestation ne peut suffire à faire obstacle à l'exception d'inexécution.

11. La maison médicale n'avait réglé aucun montant pour les prestations litigieuses, dont il n'a jamais été soutenu qu'elles fassent partie des services habituels de l'informaticien²⁷. La défaillance du débiteur nous paraît donc acquise. De ce point de vue, la décision est critiquable. Qu'en aurait-il été si un incontestablement dû avait été versé? L'importance relative de la créance pourrait alors être vue, nous semble-t-il, comme une condition du caractère certain de la créance²⁸ et être vérifiée *a posteriori* par le juge. Mais, à ce stade, seule une disproportion manifeste – une apparence suffisante de fondement de la contestation²⁹ – devrait permettre de faire échec à l'exception d'inexécution. Cette disproportion – que l'on pourrait appeler «de principe» – ne doit pas être confondue avec celle que nous verrons ultérieurement, dans le cadre de l'examen de la bonne foi.

IV. LA PROBLÉMATIQUE DE LA MISE EN DEMEURE

12. L'ordonnance est donc sujette à caution en ce qui concerne la motivation relative à la défaillance de la maison médicale. D'autres conditions de l'*exceptio non adimpleti contractus* permettaient-elles d'invalider la position du prestataire de service?

Bien que le juge l'évacue rapidement (l'exception d'inexécution «peut être invoquée sans formalité ni mise en demeure»), la question

²³ P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 888, n° 577; P. WÉRY, *Droit des obligations...*, *op. cit.*, p. 678, n° 781.

²⁴ Cass., 13 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 31.

²⁵ S. JANSEN, *op. cit.*, p. 229; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 209, n° 293; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 878, n° 574.

²⁶ Le montant de la créance peut être déterminé ultérieurement.

²⁷ Pour rappel, une première facture avait été réglée mais uniquement pour le remplacement du serveur initial, ce qui ne posait pas de problème.

²⁸ Cfr P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 880, n° 574.

²⁹ Pareil critère est utilisé en matière de compensation, pour éviter qu'une simple contestation de la créance ne permette d'y faire échec, voy. Mons, 22 juin 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 239; Anvers, 15 janvier 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 586; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique», *J.T.*, 1999, n° 71.



d'une notification préalable mérite qu'on s'y attarde un instant. Si le courant traditionnel a toujours refusé d'en faire une condition de l'exception d'inexécution³⁰, arguant pour ce faire d'un vieil arrêt de la Cour de cassation³¹, une tendance plus récente y voit une contradiction avec les arrêts de principe qui ont fait de la mise en demeure un prérequis à toute sanction contractuelle³². Qu'à cela ne tienne, en énonçant les sanctions qui doivent être précédées d'une mise en demeure, l'avant-projet de réforme du Code civil actuellement à l'étude³³ exclut l'exception d'inexécution³⁴ (articles 86, al. 3 et 299, al. 3, du Livre VI projeté).

13. Il y a toujours eu unanimité, en revanche, sur la nécessité d'une notification préalable lorsque l'exception d'inexécution est susceptible de causer un préjudice anormal au débiteur, notamment lorsqu'il est tenu par des délais³⁵. On retrouve cette idée à l'article 313, al. 3, du projet: «Lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible³⁶ ou que la bonne

foi l'impose, la suspension fait l'objet d'une notification écrite donnée sans retard injustifié. Celle-ci indique la cause de la suspension et les circonstances la justifiant». De plus, une notification préalable permet toujours de se réserver la preuve du moment et du motif de la dégradation des relations.

À l'inverse, une mise en demeure n'est jamais requise lorsqu'elle ne présente plus d'utilité (obligation de ne pas faire qui a été violée; exécution devenue impossible; exécution qui ne présente plus d'intérêt pour le créancier; débiteur qui fait savoir qu'il ne s'exécutera pas; disposition légale ou contractuelle portant demeure par la seule échéance du terme)³⁷.

V. LE RESPECT DES PRINCIPES DE BONNE FOI ET DE PROPORTIONNALITÉ

14. La dernière condition est sans doute la plus conflictuelle. D'une part, parce qu'elle est le siège d'une incertitude sur le caractère indivisible ou non de l'exception d'inexécution³⁸; d'autre part, parce qu'elle est souvent mise en doute par le cocontractant de l'*exciptions*. Le juge de la cause le rappelle adéquatement: «à l'instar de toute sanction, l'exception d'inexécution doit être appliquée de bonne foi et elle ne peut être constitutive d'un abus de droit, en ce sens qu'il doit exister une proportionnalité entre la nature du manquement reproché et

³⁰ P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 876, n° 572; S. JANSEN, *op. cit.*, p. 239.

³¹ Cass., 16 mars 1846, *Pas.*, 1846, I, p. 368.

³² *Cfr* Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887; P. WÉRY, *Droit des obligations...*, *op. cit.*, p. 676, n° 779; «L'exception d'inexécution est souvent le prélude à une sanction contractuelle plus rigoureuse et elle est elle-même une sanction dont le débiteur défaillant doit être averti» (P. WÉRY, «L'exception d'inexécution dans la jurisprudence de la Cour de cassation», note sous Cass., 21 novembre 2003, *R.G.D.C.*, 2006, p. 42); B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, pp. 83 et s.

³³ *Supra*, note 4.

³⁴ L'exception d'inexécution est désormais expressément consacrée à l'article 313 de l'avant-projet.

³⁵ Fr. GLANSDORFF, «L'exception d'inexécution et les droits et obligations de l'avocat impayé», note sous Cass., 13 janvier 2017, *J.T.*, 2017, p. 484; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 885.

³⁶ Il en va ainsi en cas d'*exceptio timoris*, soit la possibilité désormais expressément reconnue au créancier de suspendre ses obligations *ad futurum*, pour prévenir le risque sérieux d'une défaillance du débiteur. *Cfr* projet d'article 313, al. 2: «Le créancier peut aussi suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et

que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui. Le créancier ne peut plus suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de la sienne». S'inspirant de l'article 1220 du Code civil français, la disposition va toutefois au-delà en permettant au débiteur d'offrir des garanties d'exécution, solution que prévoit notamment la Convention de Vienne (spéc. art. 71), voy. l'exposé des motifs de l'avant-projet, également disponible sur <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Actuellement, seules quelques dispositions isolées consacrent l'*exceptio timoris* (p. ex., art. 1613 et 1653, C. civ.).

³⁷ Article 307 du projet de réforme précité.

³⁸ Voy. S. JANSEN, *op. cit.*, p. 255.



le dommage résultant de la suspension par le créancier de ses obligations». La disproportion envisagée peut être présente à la suspension de ses obligations par le créancier, ou résulter du maintien de cette suspension.

15. L'exception d'inexécution doit être exercée de bonne foi³⁹. Selon certains auteurs, si un manquement grave est constaté dans le chef du débiteur (qui peut même s'être exécuté partiellement), le créancier est en droit de suspendre l'ensemble de ses prestations⁴⁰. L'*exceptio non adimpleti contractus* serait en quelque sorte indivisible, sa mise en œuvre de bonne foi imposant avant tout une inexécution grave d'une obligation essentielle du contrat. La Cour de cassation a cependant reconnu «la possibilité de suspendre *en tout ou en partie* le paiement du prix en vertu de l'exception d'inexécution contenue dans [l'article 1184 du Code civil]»⁴¹. Et l'exception doit pouvoir être invoquée pour tout manquement, quelle que soit sa gravité⁴². L'examen de la bonne foi, dans sa fonction modératrice, doit dès lors se rapporter à celui de l'abus de droit et au critère de la proportionnalité entre l'inexécution du débiteur et l'étendue de la suspension de la prestation du créancier⁴³. L'idée que, dans les contrats et rapports synallagmatiques, les obligations réciproques des parties doivent être exécutées trait pour trait renvoie également à cette appréciation.

16. En l'espèce, la demande de la maison médicale avait déjà passé le test de l'urgence

requis pour agir en référé. Celle-ci est vérifiée, au sens de l'article 584 du Code judiciaire, «dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité voire d'inconvénients sérieux rend une décision immédiate souhaitable»⁴⁴. On mesure d'emblée les conséquences dommageables que peut avoir, pour un prestataire de soin, le fait de ne plus avoir accès aux dossiers de ses patients. La sensibilité des données dont on refuse le transfert est appelée à jouer un rôle central dans l'appréciation du bien-fondé de l'exception d'inexécution⁴⁵. Est-ce à dire que la nécessité, pour la maison médicale, de poursuivre utilement sa mission rend impossible toute entrave – pourtant légitime – exercée par le créancier? Obliger le prestataire de services informatiques à transférer les données conservées, sans discussion possible, revient à le priver du seul moyen de pression en sa possession. D'un autre côté, à quoi doit correspondre une application proportionnée de l'exception?

17. Revenons à l'évaluation du montant des prestations facturées, non pas car la créance de l'*excipiens* doit être chiffrée dès l'origine (pas d'exigence de créance liquide, *supra* n° 10), mais parce que cette évaluation s'impose si l'on veut mettre en balance les obligations respectives des parties et le dommage susceptible de résulter de leur inexécution. Si, dans le cadre de son contrôle, le juge estime que la facturation est exagérée – ce qu'il retient en l'espèce au terme d'un examen *prima facie* –, il s'agit d'un premier élément qui l'amènera à déceler un abus de droit. Mais cela n'est pas suffisant, car il doit encore comparer les conséquences respectives de l'inexécution (pour l'*excipiens*) et de la suspension (pour le demandeur).

³⁹ Cass., 18 mars 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 669. Envisagée en matière de droit de rétention, la contrariété à la bonne foi pourrait même être constitutive d'un abus de confiance (J.-L. Fagnart, *op. cit.*, p. 15).

⁴⁰ J.-L. Fagnart, *op. cit.*, p. 30; S. Stijns, *op. cit.*, p. 210, n° 293; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, p. 884, n° 575.

⁴¹ Cass., 15 mai 2009, R.G. n° C.08.0531.N.

⁴² P. Wéry, *Droit des obligations...*, *op. cit.*, p. 676, n° 779.

⁴³ En ce sens, l'exposé des motifs du projet de réforme souligne que «comme toute sanction, l'exception d'inexécution doit être soulevée de bonne foi, dans le respect du principe de proportionnalité».

⁴⁴ Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 908.

⁴⁵ À titre de comparaison, l'appréciation des tribunaux est souvent plus sévère lorsque l'exception aboutit à la privation de services de première nécessité, voy. par exemple Civ. Charleroi, 19 janvier 2000, R.G.D.C., 2000, p. 590, note J. Fierens; Civ. Charleroi, 22 février 2013, J.L.M.B., 2014, p. 231.



Il faut alors mesurer l'étendue du blocage des données. En matière d'*outsourcing*, permettre la migration d'une partie seulement des données a souvent peu de sens. On imagine mal que la maison médicale ne dispose que des données relatives à certains patients ou, pour chacun d'entre eux, qu'elle n'ait plus qu'une vision partielle du dossier. L'*excipiens* soutenait toutefois avoir transféré au nouveau prestataire les différents services traités, sauf le serveur contenant les données médicales, lequel pouvait toutefois toujours être utilisé normalement par la demanderesse (consultation des données, enregistrement de nouvelles données...). Il est curieux que le juge ne se penche pas plus en profondeur sur cet argument. Car, à supposer le fait établi, ne devrait-on pas conclure, dans pareille hypothèse, à une mise en œuvre modérée de l'exception d'inexécution? Si la maison médicale disposait bien d'un accès à ses données, on peut se demander dans quelle mesure cela ne lui permettait pas de poursuivre ses missions. Il nous semble que le préjudice résultant, pour l'utilisateur, du fait de devoir consulter et (faire) retranscrire manuellement l'ensemble de ses fichiers informatiques – opération certes fastidieuse – n'est pas, *a priori*, sans commune mesure avec une créance prétendue de plus de 40.000 EUR. À l'inverse, en cas de blocage complet des données⁴⁶, la sensibilité de celles-ci et l'importance de la créance doivent dicter la solution du litige.

18. En conclusion, s'il est permis de refuser la rétention sur base de l'exigence de bonne foi, cela ne permet pas de faire l'impasse sur une analyse complète et circonstanciée des moyens mis en œuvre par l'*excipiens*. Trois critères d'appréciation nous semblent pouvoir

être retenus : la sensibilité des données, l'accès plus ou moins large qui y est laissé par le prestataire de services, et l'importance relative de la créance. D'une façon ou d'une autre, ces trois éléments se retrouvent dans l'avant dernier motif de la décision commentée : « le tribunal doit considérer la position de M. C. comme constitutive d'un abus de droit, du fait de la disproportion entre, d'une part, la perte de contrôle de l'ASBL sur des données médicales aussi importantes et sensibles et, d'autre part, le risque que prendrait M. C. de n'être pas payé d'un montant par ailleurs fortement contesté, puisque (...) la somme invoquée paraît excessive en comparaison du temps de travail fourni »⁴⁷.

Andrea CATALDO

⁴⁶ Comp. Fr. COPPENS, *op. cit.*, p. 419 : « La balance des intérêts légitimes en présence nous semble pencher en faveur du client à qui on doit donc reconnaître le principe d'un droit à la restitution de ses données en fin de contrat. Cette obligation ne nous semble cependant pas devoir s'étendre au-delà de ce principe ».

⁴⁷ Nous nous arrêtons là, car le dernier argument retenu par le tribunal nous paraît, quant à lui, impropre : se référer à la compensation que la maison médicale pourra invoquer entre le montant de la facture et le dommage subi des suites de la rétention, revient à priver de toute effectivité l'exception d'inexécution. L'appréciation du bien-fondé de celle-ci doit se faire au moment où elle est invoquée, et non sur base des mesures de réparation ultérieures.

